

University of Groningen

## Trends en ontwikkelingen in het Europees verbintenissenrecht

Pavillon, C.M.D.S.

*Published in:*  
Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
2018

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Pavillon, C. M. D. S. (2018). Trends en ontwikkelingen in het Europees verbintenissenrecht. *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 2018(7199), 481-493.

### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

# Trends en ontwikkelingen in het Europees verbintenissenrecht

In deze bijdrage leid ik u langs de meest recente trends en ontwikkelingen in het Europees privaatrecht, meer in het bijzonder het Europees verbintenissenrecht. Het is niet eenvoudig om de grenzen van het 'Europees privaatrecht' nauwkeurig te bepalen. In beginsel wordt hieronder begrepen het grensvlak tussen Europees recht en nationaal privaatrecht. De kwalificatie Europees is doorgaans geografisch bedoeld.<sup>1</sup> Zij behelst behalve het Unierecht (primair en secundair recht, positieve en negatieve harmonisatie) ook andersoortig, binnen de grenzen van het Europees continent geldend verdragsrecht (EHRM, EER, EVA) en *soft law* zoals transnationale gedragscodes en als 'professorenrecht'<sup>2</sup> aangeduide '*principles*' (DCFR, PETL, PECL etc.).

Het Europees privaatrecht betreft allereerst het geheel van alle Europese *privaatrechtelijke* regels, normen en beginselen. Tot deze categorie behoren o.m. de in essentie privaatrechtelijke richtlijnen en verordeningen, art. 101 en 340 lid 2 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) alsmede rechtspraak van het HvJ EU waarin het Hof zich begeeft op het terrein van het burgerlijk (proces)recht (zoals in geval van Unie-aansprakelijkheid). Ik bespreek hierna enkele recente richtlijnvoorstellen en rechtspraak van het HvJ EU inzake de productaansprakelijkheid, koop en algemene voorwaarden (paragraaf 1).

In de tweede plaats wordt met Europees privaatrecht bedoeld de doorwerking van *alle* Europese regels, normen en beginselen in het privaatrecht van de Europese staten. Bekende doorwerkingsmechanismen van Europees *hard* en *soft law*<sup>3</sup> in private verhoudingen zijn de verticale of, directe dan wel indirecte, horizontale werking, richtlijnconforme interpretatie en lidstaatsaansprakelijkheid. In dit overzicht komt aan bod de doorwerking van enerzijds het EVRM en de rechtspraak van het EHRM en anderzijds het (primair en secundair) Unierecht in het nationaal verbintenissenrecht (paragraaf 2).<sup>4</sup>

Het Europees privaatrecht ziet in de derde plaats ook op de bestudering van het nationale privaatrecht van Europese staten in vergelijkend perspectief. Deze laatste categorie betreft de zoektocht naar gemeenschappelijke beginselen zoals die onder andere plaatsvindt binnen de onderzoeksschool *Ius Commune* en het *Common Core Project*.<sup>5</sup> In deze bijdrage sta ik stil bij de



Mw. prof. mr. drs.  
C.M.D.S. Pavillon\*

laatste stand van zaken wat betreft de hervorming van het verbintenissenrecht in Frankrijk en België (paragraaf 3).

In de tijd wordt dit overzicht begrensd tot noemenswaardige ontwikkelingen sinds 1 januari 2017.

## 1. Privaatrecht op Europees niveau

### 1.1. Nieuwe wetgeving

De tijden waarin werd gesproken over een naderend Europees Burgerlijk Wetboek zijn lang vervlogen. De totstandkoming van de *Draft Common Frame of Reference*, de door de *Study Group on a European Civil Code* goedgevulde 'gereedschapskist', legde de Europese ambities bloot. Al snel bleek het hoogst haalbare een verordening inzake een optioneel Europees gemeen-

\* Hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder consumentenrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen en vaste medewerker van dit tijdschrift.  
(c.m.d.s.pavillon@rug.nl)  
Deze bijdrage is op 30 april 2018 afgerond. Met latere ontwikkelingen is beperkt rekening gehouden.

1. Er is overigens veel discussie over de grenzen van Europa: [nl.wikipedia.org/wiki/Lijst\\_van\\_Europese\\_landen](http://nl.wikipedia.org/wiki/Lijst_van_Europese_landen).
2. J.M. Smits, 'Democracy and (European) private law: A functional approach', *European Journal of Legal Studies* 2009/2(2), p. 26.
3. Zie over de doorwerking van Europese private normen in het privaatrecht: P.W. Verbruggen, 'Het PIP-schandaal voor het HvJ EU en de constitutionalisering van private regulering', *NJB* 2017/966.
4. Het goederenrecht, insolventierecht, *privacy*recht, burgerlijk procesrecht en arbeidsrecht blijven korthedshalve buiten beschouwing.
5. Lopende projecten kunnen worden geraadpleegd via [www.common-core.org/node/36](http://www.common-core.org/node/36).

schappelijk kooprecht (GEKR).<sup>6</sup> Dit uit de DCFR voortgekomen voorstel voor een facultatief 28ste stelsel van kooprecht<sup>7</sup> strandde uiteindelijk in 2015 door een gebrek aan draagvlak.<sup>8</sup> In datzelfde jaar verschenen twee richtlijnvoorstellen in het kader van de digitale interne marktstrategie, een met betrekking tot de online verkoop en een met betrekking tot de levering van digitale inhoud. Enkele bepalingen uit het GEKR komen hierin terug.

Op 31 oktober 2017 presenteerde de Commissie een gewijzigd voorstel voor de in 2015 voorgestelde richtlijn online verkoop.<sup>9</sup> Teneinde de versnippering van koopregels tegen te gaan is het toepassingsgebied van het richtlijnvoorstel uitgebreid tot alle consumentenkoop.<sup>10</sup> Uitgezonderd zijn de diensten en materiële gegevensdragers die digitale inhoud bevatten, wanneer de materiële gegevensdrager uitsluitend wordt gebruikt als drager voor de levering van de digitale inhoud. Het gewijzigde voorstel biedt de mogelijkheid om offline veilingen waarbij de consumentkoper aanwezig is van het toepassingsbereik van de richtlijn uit te zonderen. Mocht deze richtlijn in haar huidige vorm worden aangenomen, dan gaat het consumentenkooprecht flink op de schop. Een aantal opvallende wijzigingen betreft het vastleggen van de wettelijke garantietermijn en bijbehorend bewijsvermoeden<sup>11</sup> op twee jaar (thans art. 7:17 lid 2 jo. 7:18 BW) en het loslaten van de klachtplicht (art. 7:23 lid 1 BW). Zelf heb ik dubbele gevoelens over deze wijzigingen. Aan de ene kant neemt de bescherming van de Nederlandse consumentkoper af. De wettelijke garantietermijn is naar huidig recht niet beperkt tot twee jaar maar afhankelijk van de redelijke verwachtingen van de consument en dus, onder andere, van de te verwachten levensduur van een product. Aan de andere kant rijst de vraag of een wettelijk vermoeden van twee jaar niet te ver gaat. Het risico bestaat dat de rechter vaak gebruik zal maken van de in de aard van het product of gebrek gelegen uitzondering. Het 'afschaffen' van de klachtplicht heeft eveneens keerzijden en staat haaks op nationaal recht (art. 6:89 BW). Op deze punten schiet de bescherming mogelijk door.

De Commissie IMCO (Interne markt en consumentenbescherming) van het Europees Parlement (EP) kan zich niet vinden in de voorgestelde garantieregeling. Eind februari heeft IMCO een groot aantal amendementen voorgesteld.<sup>12</sup> IMCO draait de duur van het wettelijk vermoeden terug tot 1 jaar. Wel staat zij een langere duur van de wettelijke garantieperiode toe, wat gunstig zou zijn voor de Nederlandse consument. Ook stelt zij een aanzienlijke uitbreiding van de remedies voor.<sup>13</sup> Op 4 juni 2018 debatteerde de Raad over het gewijzigde voorstel.

Ondanks het bredere toepassingsbereik van het nieuwe voorstel, lijkt een verdere versnippering van het kooprecht onvermijdelijk gelet op het voorstel voor een richtlijn betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud.<sup>14</sup> Volgens de Commissie is de toename van (grensoverschrijdende) online handel gebaat bij geharmoniseerde regels over de conformiteit van digitale inhoud en bijbehorende remedies.<sup>15</sup> Vermeldenswaard is dat de beoogde wettelijke garantietermijn van de leverancier van digitale inhoud niet vast komt te staan en dat sprake is van een omkering van de bewijslast wat betreft de conformiteit van digitale inhoud: de bewijslast voor het bestaan van conformiteit rust gedurende 1 jaar op de leverancier.<sup>16</sup>

De Europese wetgever lijkt meer vaart te zetten achter dit tweede voorstel. Tijdens de JBZ-Raad van juni 2017 werd reeds een compromis bereikt, dat o.a. betrekking heeft op de toegang tot contractuele remedies indien met persoonsgegevens voor digitale inhoud wordt betaald. In dit kader

6. Zie voor een recent pleidooi voor een Europees burgerlijk wetboek, H.J. Snijders, 'NBW-vermogensrecht 25 jaar', MvV 2017-12.
7. Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende een gemeenschappelijk Europees kooprecht, 11 oktober 2011, COM(2011)635 definitief.
8. [www.eerstekamer.nl/eu/edossier/e110054\\_voorstel\\_voor\\_een](http://www.eerstekamer.nl/eu/edossier/e110054_voorstel_voor_een).
9. [eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=COM:2015:635:FIN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=COM:2015:635:FIN).
10. Voluit: Gewijzigd voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de online-verkoop en andere verkoop op afstand van goederen, tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijn 2009/22/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad (COM(2017) 637 final).
11. Zie art. 14 en art. 8 lid 3. Art. 8 lid 3 bevat de woorden 'wordt geacht'. Uit overweging 26 van de considerans volgt dat nog steeds sprake zal zijn van een weerlegbaar vermoeden, vgl. [www.banning.nl/publicaties/het-wettelijk-vermoeden-van-non-conformiteit-en-de-klachtplicht-bij-consumentenkoop/](http://www.banning.nl/publicaties/het-wettelijk-vermoeden-van-non-conformiteit-en-de-klachtplicht-bij-consumentenkoop/).
12. Verslag over het gewijzigd voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen, tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijn 2009/22/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad (COM(2017)0637 – C8-0379/2017 – 2015/0288(COD)).
13. Zie hierover de Wettagenda van S.S. van Kampen in TvC 2018-2, p. 119.
14. De minister heeft tijdens de Raad van 4 juni zijn zorgen uitgesproken over die versnippering.
15. De gang van zaken rond die dit voorstel kan worden gevolgd via: [www.eerstekamer.nl/eu/edossier/e150042\\_voorstel\\_voor\\_een](http://www.eerstekamer.nl/eu/edossier/e150042_voorstel_voor_een).
16. [www.eerstekamer.nl/eu/documenteu/326/17\\_persbericht\\_nieuwe\\_regels\\_voor\\_f/vkexcsg3aqqn.pdf](http://www.eerstekamer.nl/eu/documenteu/326/17_persbericht_nieuwe_regels_voor_f/vkexcsg3aqqn.pdf).

heeft de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie vragen gesteld over de consequenties voor de nakoming van een verbintenis tot ongedaanmaking na een eventuele ontbinding of vernietiging.<sup>17</sup> Veel gegevens zullen na ontvangst al snel zijn verwerkt in het kader van *big data*-analyse. Op 27 november 2017 verscheen het verslag van IMCO.<sup>18</sup> In amendement 18 breidt IMCO het toepassingsbereik van de richtlijn uit tot digitale diensten en de zogenaamde *internet of things* i.e. de in goederen ingebedde digitale inhoud of diensten. Naar verwachting zal de Raad van Ministers dit uitbreidingsvoorstel niet overnemen.<sup>19</sup> IMCO heeft ook de conformiteitstoets herschreven. De voorgestelde, veel bekritiseerde,<sup>20</sup> toets stelde subjectieve gezichtspunten als de tussen partijen gesloten overeenkomst voorop.<sup>21</sup> Het bepalen van objectieve standaarden zou gezien de snelle technologische ontwikkelingen, problematisch zijn. IMCO heeft beide typen gezichtspunten op gelijke voet geplaatst omdat subjectieve gezichtspunten de verkoper als opsteller van het contract veel 'macht' geven (amendement 97).

Tot slot verdient ook de op 11 april 2018 door de Commissie aangekondigde *New Deal for Consumers* kort de aandacht.<sup>22</sup> Eind mei 2017 zijn de resultaten gepubliceerd van de 'fitness check' van een zestal consumentenrichtlijnen en aparte evaluatie van de richtlijnen consumentenkoop en consumentenrechten. Uit de overwegend positief uitgevallen analyses volgt dat er – niet geheel verrassend – enige actualisering nodig is. Als eerste knelpunt wordt genoemd de aanpassing aan het digitale tijdperk. Dit proces is zoals aangegeven in gang gezet. Voorts bestaan er grote verschillen tussen lidstaten wat betreft de handhaving en beschikbaarheid van (individuele) remedies.

Het eerste in het kader van de *New Deal for Consumers* gepresenteerde richtlijnvoorstel is een allegaartje aan amendementen op bestaande richtlijnen teneinde deze te moderniseren en de handhaving ervan te verbeteren.<sup>23</sup> Speerpunten van dit voorstel zijn:<sup>24</sup>

- de toewijzing van contractuele én buitencontractuele verweermiddelen aan slachtoffers van oneerlijke handelspraktijken (naar Nederlands recht geven art. 6:193b BW e.v. recht op schadevergoeding én, mits aan de eisen van art. 6:193j lid 3 BW is voldaan, vernietiging van de overeenkomst);
- de uitbreiding van de bescherming bij online-diensten waarvoor met gegevens wordt betaald (gedacht kan worden aan precontractuele informatie en het herroepingsrecht) en bij online-platforms opdat duidelijk wordt of met een professionele partij wordt gecontracteerd en consumentenrecht van toepassing is;

- aanpassingen van het herroepingsrecht bij overeenkomsten op afstand en buiten de verkoopruimte die onevenredige lasten voor bedrijven moeten wegnemen (dit recht vervalt straks bij oneigenlijk gebruik van de bedenktijd en de verkoper is pas verplicht tot terugbetaling als hij de goederen heeft ontvangen);
- het harmoniseren van financiële sancties op schendingen van consumentenrecht (in Nederland zijn de rechtstreeks door de ACM op te leggen sancties in 2016 aanzienlijk verzwakt<sup>25</sup>).

Het tweede richtlijnvoorstel betreft de bevordering van de procedure voor het instellen van verbodsacties en van de mogelijkheden van collectief verhaal door o.m. toezichthouders.<sup>26</sup> De bestaande richtlijn tot het doen staken van inbreuken op het consumentenrecht (omgezet in art. 3:305a en 3:305c BW) wordt daartoe aangepast. Op dit onderwerp gebeurt in Nederland ook veel momenteel: over het wetsvoorstel collectieve schadevergoedingsactie wordt druk gedebatteerd in het Parlement.<sup>27</sup> Echt nieuw is

17. [www.eerstekamer.nl/eu/behandeling/20171006/brief\\_aan\\_de\\_minister\\_van\\_2](http://www.eerstekamer.nl/eu/behandeling/20171006/brief_aan_de_minister_van_2).

18. Verslag over het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud (COM(2015)0634 – C8-0394/2015 – 2015/0287(COD)).

19. [internetofbusiness.com/iot-devices-get-new-security-interoperability-obligations-eu/](http://internetofbusiness.com/iot-devices-get-new-security-interoperability-obligations-eu/). De Nederlandse regering stelt zich op het standpunt dat ingebedde software die noodzakelijk is voor het functioneren van het product onder het andere voorstel inzake de consumentenkoop moet vallen zo blijkt uit de geannoteerde agenda voor de Raad van 4 juni 2018.

20. V. Mak, 'Op weg naar een Europese 'Digital Single Market'. Twee nieuwe richtlijnvoorstellen voor het Europees contractenrecht', *NJB* 2016-8, p. 523.

21. Objectieve gezichtspunten, zoals de gebruikelijke eigenschappen, zouden pas mee kunnen wegen 'voor zover in de overeenkomst niet, waar relevant, duidelijk en begrijpelijk de voorschriften inzake de digitale inhoud (...) zijn opgenomen'.

22. [ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item\\_id=59332](http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=59332).

23. Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993, Richtlijn 98/6/EG van het Europees Parlement en de Raad, Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft betere handhaving en modernisering van de regels voor consumentenbescherming in de EU.

24. [ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item\\_id=620435](http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=620435).

25. [www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/15995/ACM-kan-hogere-boetes-opleggen](http://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/15995/ACM-kan-hogere-boetes-opleggen).

26. Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende representatieve vorderingen ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten en tot intrekking van Richtlijn 2009/22/EG.

27. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608. Volgens de Nota n.a.v. het nader verslag interfereert het voorstel niet met het wetgevingsproces omdat het lidstaten veel ruimte laat om de actie naar eigen inzicht in te richten.



de 'New Deal' niet. Het gaat veeleer om een update van bestaande regelgeving en om een hernieuwde poging tot het instellen van een Europese massaschaderegeling onder invloed van het Volkswagenschandaal.

## 1.2. Nieuwe rechtspraak van het HvJ EU met betrekking tot het privaatrecht

### 1.2.1. Productaansprakelijkheid

In een veelbesproken arrest van 2017 staat centraal het bewijs van het causaal verband tussen gebrek en schade.<sup>28</sup> W. krijgt in 1999 een vaccin tegen hepatitis toegediend en kort daarop klachten. Eind 2000 volgt de diagnose MS, terwijl geen sprake was van familiale of persoonlijke antecedenten. In 2011 overlijdt W. Pasteur Sanofi wordt aansprakelijk gesteld voor de geleden schade. Het HvJ EU acht toelaatbaar een uit de rechtspraak van de Cour de Cassation voortvloeiende bewijsregeling inhoudende dat de rechter in het kader van zijn discretionaire bevoegdheid om het bewijs te waarderen tot het bestaan van zowel een gebrek als een causaal verband kan concluderen als *'bepaalde feitelijke gegevens waarop verzoeker zich beroept, ernstige, precieze en met elkaar overeenstemmende aanwijzingen vormen'* dat van een gebrek en causaal verband sprake is. Gebrek en causaliteit mag de rechter dan aannemen ook al wordt het *'bestaan van een verband tussen de toediening van het vaccin in kwestie en het optreden van die ziekte door medisch onderzoek bevestigd noch ontkend'*. Er moet wel met een *'voldoende hoge graad van waarschijnlijkheid'* (kunnen worden aangenomen) dat een dergelijke gevolgtrekking met de werkelijkheid strookt' (r.o. 28).

Het HvJ benadrukt wel dat een bewijsregeling de in art. 4 van de richtlijn productaansprakelijkheid (omgezet in art. 6:188 BW) neergelegde regels inzake de bewijslast in acht moet nemen (deze rust op het slachtoffer). Art. 4 staat een op een *automatisch* (weerlegbaar) dan wel *onweerlegbaar* vermoeden gebaseerde bewijsregeling niet toe (hiervan lijkt in het Franse geval geen sprake, al is niet duidelijk welk tegenbewijs moet worden geleverd). Er moet voldoende rekening worden gehouden met het verweer van de producent. Aan de andere kant mag geen afbreuk worden gedaan aan de effectiviteit van de door de richtlijn ingevoerde aansprakelijkheidsregeling. De drempel mag daarom niet te hoog liggen voor het slachtoffer, doordat hij bijvoorbeeld *'op medisch onderzoek gebaseerde onomstotelijke bewijzen'* moet leveren (r.o. 30-31).

Niet geheel duidelijk is wat naar Nederlands recht wel is toegestaan wat betreft de tegemoetkoming in de bewijslast jegens het slachtoffer van een gebrekkig product.<sup>29</sup> Aannemelijk is dat

een feitelijk (*res ipsa loquitur*) en rechterlijk vermoeden zonder meer zijn toegestaan: zij zijn automatisch noch onweerlegbaar. Naast een rechterlijk vermoeden lijkt ook de omkeringsregel te kunnen worden toegepast, mits er sprake is van specifiek gevaar. Toepassing van een wetelijk vermoeden (art. 6:99 BW) lijkt ook niet helemaal uitgesloten, ook al vindt dan een omkering van de bewijslast plaats. Die toepassing geschiedt immers niet automatisch, op grond van *'door de wetgever of door de hoogste nationale rechter vooraf vastgestelde soorten feitelijke aanwijzingen'*, maar pas als de rechter de feiten heeft vastgesteld (r.o. 47, 53-54). Voorwaarde is dat het slachtoffer bewijs aandraagt voor het gebrek, de schade en het (hypothetische) causale verband hiertussen.

Deze uitspraak geeft een *'genuanceerd'* antwoord op de vraag in hoeverre correlatie gelijk kan staan aan causaliteit in geval van *'generiek onzekere risico's'*,<sup>30</sup> maar, door de begrippen gebrek en causaliteit niet nader te definiëren, schept zij ook de nodige onzekerheid.<sup>31</sup> Een verder kritiekpunt op dit arrest betreft het inlaten van het HvJ EU met de feiten, ook al geeft het aan dit niet te mogen doen. In r.o. 41 beaamt de Europese rechter dat *'a priori'* sprake is van *'ernstige, precieze en met elkaar overeenstemmende aanwijzingen'*. In dat kader brengt hij, zo lijkt het uit het niets, een sterk betwijfeld en niet objectief vast te stellen gegeven ter berde, namelijk het *'grote aantal gevallen'* waarin de ziekte zich na het toedienen van het vaccin zou hebben voorgedaan. Dit valt, gelet op het spanningsveld tussen recht en wetenschap dat in deze zaak wordt betreden alsmede de aan de procedurele autonomie inherente verschillen in de nationale bewijswaardering, te betreuren.<sup>32</sup> Beide vragen om een helder toetsingskader.

### 1.2.2. Consumentenkoop

Op het terrein van de consumentenkoop is in 2017 een tweetal arresten gewezen. In Ferenschild/JCP Motors<sup>33</sup> maakt het HvJ EU duidelijk dat de verjaring van een vordering gebaseerd op

28. HvJ EU 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484.

29. Hierover uitgebreid: G.M. Veldt en A.E.C. Wissink, 'Bewijslastverlichting voor de benadeelde bij productaansprakelijkheid voor onzekere risico's', NTBR 2017/36, para. 4.7.

30. In de bewoordingen van A.Ch. Franken en J.K.G. Meijer, 'Productaansprakelijkheid bij onzekere risico's', Bb 2017/69.

31. Veldt en Wissink 2007.

32. In gelijke zin Veldt en Wissink 2017, para. 4.5.3-4.5.4.

33. HvJ EU 13 juli 2017, C-133/16, ECLI:EU:C:2017:541 (Ferenschild).

non-conformiteit niet mag verstrijken binnen twee jaar na de aflevering van de goederen, ook al is de wettelijk toegestane garantietermijn korter. Beide termijnen moeten duidelijk worden onderscheiden. De garantietermijn betreft de termijn, vanaf de aflevering, waarbinnen de verkoper aansprakelijk is voor een zich manifesterend gebrek aan overeenstemming van het goed. Het Belgisch recht staat verkoper en koper van tweedehandsgoederen toe om een kortere garantietermijn van minimaal één jaar af te spreken. Ratio van deze door de richtlijn toegelaten inperking is dat aan de conformiteit van dergelijke goederen lagere eisen mogen worden gesteld en dat vervanging toch niet mogelijk is. Een kortere garantietermijn brengt volgens de richtlijn echter geen kortere verjaringstermijn met zich mee. Naar Nederlands recht is de wettelijke garantietermijn bij tweedehandsgoederen (net als bij andere goederen) niet in de tijd beperkt. Wel ligt de conformiteitsdrempel veel lager en kan de aard van deze goederen zich tegen toepassing van het bewijsvermoeden verzetten, zo blijkt uit een recente zaak met betrekking tot een tweedehands camper.<sup>34</sup> Er geldt voorts een verjaringstermijn van twee jaar die ingaat nadat aan de klachtplicht van art. 7:23 lid 1 BW is voldaan (art. 7:23 lid 2 BW).<sup>35</sup>

In de Duitse zaak Schottelius/Seifert buigt het HvJ EU zich over de verhouding tussen koop en dienst.<sup>36</sup> De richtlijn consumentenkoop regelt niet de conformiteit van 'diensten' maar wat als een overeenkomst kenmerken van zowel dienst als koop draagt, zoals de vervaardiging van een bruidsjurk of de installatie van een gekochte wasmachine? In deze zaak vertoont een zwembad kort na een renovatie gebreken. In dit kader is een filtersysteem met, naar later bleek, een defecte pomp verkocht en geïnstalleerd. Het HvJ EU acht zich onbevoegd om vragen over de aanmaning en verplichting tot herstel van de verkoper te beantwoorden omdat geen sprake is van koop. Om een overeenkomst, die zowel een verkoop- als een dienstelement omvat, als koopovereenkomst te kwalificeren, mag 'de dienstverlening slechts bijkomstig aan de verkoop (...) zijn' (r.o. 38). In ons recht geldt dat bij een gemengde aanneming- en koopovereenkomst, waarbij een consumptiegoed wordt vervaardigd, in geval van strijd tussen beide regelingen de koopregels voorrang krijgen (art. 7:5 lid 4 BW). Zij prevaleren ook al bevat de overeenkomst per saldo meer elementen van aanneming van werk dan van koop.<sup>37</sup> In onderhavige zaak is er geen consumptiegoed tot stand gebracht, wat de toepasselijkheid van art. 7:5 lid 4 BW uitsluit. Met betrekking tot de defecte pomp is voorts ook geen aparte koop- of installatieovereenkomst gesloten.<sup>38</sup>

### 1.2.3. Oneerlijke bedingen

De rechter dient – zo nodig ambtshalve – vast te stellen of een niet-uitonderhandeld beding in een consumentenovereenkomst 'in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort' (art. 3 lid 1 richtlijn). In het Banco Primus-arrest verschaft het HvJ EU een duidelijk toetsingskader bij het oneerlijkheidsonderzoek:<sup>39</sup>

'Dat onderzoek moet worden verricht in het licht van de nationale regels die van toepassing zijn bij gebreke van afspraken tussen de partijen, de middelen waarover de consument volgens de nationale regeling beschikt om een einde te maken aan het gebruik van dat soort bedingen, de aard van de goederen of de diensten waarop de overeenkomst in kwestie betrekking heeft en alle omstandigheden rond de sluiting van die overeenkomst.'

In dit kader staat de 'fictievevergelijkingstoets' voorop: in hoeverre wordt afgeweken van wat rehtens is als het beding wordt weggedacht? Bij deze toets moeten meer gezichtspunten dan alleen het (nationale) aanvullende recht in aanmerking worden genomen.<sup>40</sup> Verder geldt het

34. Hof Den Bosch 14 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:521, r.o. 3.4.2-3.4.3.

35. Na het loslaten van de klachtplicht (para.1.1) zal dit aanvangsmoment moeten worden aangepast.

36. HvJ EU 7 september 2017, C-247/16, ECLI:EU:C:2017:638 (Schottelius). Opmerkelijk in deze zaak is de uitgebreide verwijzing naar het Weens Koopverdrag dat als inspiratiebron voor art. 1 lid 4 zou hebben gefungeerd.

37. Hof Den Bosch 9 september 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:3542.

38. Beargumenteerd is dat bij samenloop tussen de koopregels en de regels inzake de overeenkomst van opdracht, de koopregels ook voorrang zouden moeten krijgen: M.B.M. Loos, Consumentenkoop (Mon. BW nr. B65b) 2014, nr. 10, p. 20.

39. HvJ EU 26 januari 2017, C-421/14, ECLI:EU:C:2017:60 (Banco Primus), m.nt. A.S. Hartkamp, AA20170827, die wijst op de implicaties van dit arrest voor de regeling van het gezag van gewijsde, p. 829.

40. Dat een afwijking van aanvullend recht slechts om die reden een aanzienlijke verstoring vormt, is overigens niet ondenkbaar (denk aan de collectieve toets). Een ander voorbeeld vormt de in dit tijdschrift besproken prejudiciële beslissing: HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773, NJ 2017/394, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Tijhuis/Dexia): 'De prejudiciële procedure als abstracte onredelijk bezwarend-toets', WPNR 2017/7163. Bij een afwijking van dwingend recht geldt een dergelijk voorbehoud niet.

moment van contractsluiting als peilmoment voor deze toets. Dat een beding niet concreet is toegepast, speelt daarom geen rol.

In het arrest *Andriciu* merkte het HvJ EU een beding dat bepaalt dat kredieten in dezelfde vreemde valuta moeten worden terugbetaald als die waarin zij zijn verleend, expliciet aan als kernbeding. Volgens het HvJ ging het hier om de vaststelling van ‘*een wezenlijke prestatie (...) die kenmerkend is voor die overeenkomst*’.<sup>41</sup> De valuta vormt de waardestandaard zonder welke de prijs en dus de overeenkomst onvoldoende zou zijn bepaald. In deze uitspraak wordt ook duidelijk dat bij de oneerlijkheidstoets gewaakt moet worden voor een *hindsight bias*. Of de achteraf gebleken nadelige uitwerking van een beding op de oneerlijkheid van dit beding duidt, hangt, behalve van de inhoud hiervan (is het aanzienlijk verstoring), ook af van de deskundigheid en kennis van de professionele partij en van wat van haar had kunnen worden verwacht in termen van informatievoorziening over die ongunstige uitwerking (is sprake van strijd met de goede trouw, *inclusief* transparantie-eis).<sup>42</sup> Hoe groter het risico op een sterk nadelige uitwerking van het beding, hoe sneller er sprake is van een aanzienlijke verstoring van het contractuele evenwicht ten nadele van de consument en hoe transparanter de professionele partij over dit risico moet zijn. De nadruk die het HvJ EU sinds het *RWE*-arrest uit 2013 legt op de transparantieplichting en informatievoorziening rond de contractsluiting is opmerkelijk. De oneerlijkheidstoets strekt verder dan een enkele inhoudstoetsing. De naleving van de informatieplicht (art. 6:233 sub b jo. 6:234 BW) en transparantie-eis (art. 6:238 lid 2 BW) dienen binnen de onredelijk bezwarend-norm (art. 6:233 sub a BW) te worden betrokken.

Uit het arrest van het HvJ EU in de Belgische zaak *Karel de Grote Hogeschool/Kuijpers* volgt dat een onderwijsinstelling zonder winstoogmerk kan worden beschouwd als een verkoper in de zin van de Richtlijn oneerlijke bedingen.<sup>43</sup> In deze zaak had de onderwijsinstelling een betalingsregeling getroffen met een student, een activiteit die niet rechtstreeks haar onderwijsopdracht betreft (welke wel is uitgezonderd). Het arrest toont aan dat de definitie van een verkoper zeer breed is. Er bestaat een risico voor studenten dat onderwijsinstellingen terughoudend zullen zijn met het aanbieden van extra diensten.<sup>44</sup>

#### 1.2.4. Diensten

In een tweetal gevoegde, door de Hoge Raad resp. de Raad van State geïnitieerde prejudiciële zaken is de detailhandel zonder voorbehoud als

een dienst in de zin van de Dienstenrichtlijn aangemerkt.<sup>45</sup> Het maakt niet uit of de dienstencomponent een ondergeschikt karakter heeft binnen de commerciële activiteiten en ook de afwezigheid van een grensoverschrijdend element maakt geen verschil uit. Deze uitspraak heeft vergaande privaatrechtelijke consequenties daar op de detailhandel de bepalingen uit afdeling 6.5.2A BW op de detailhandel van toepassing zijn.<sup>46</sup> Deze bepalingen bevatten aan de ene kant allerlei informatieplichtingen jegens de wederpartij ongeacht diens hoedanigheid (art. 6:230b BW). De terhandstellingsplicht van algemene voorwaarden aan consumenten en kleine wederpartijen wordt aan de andere kant versoepeld (vergelijk art. 6:230b lid 6 jo. 6:230c BW met art. 6:234 BW). Volgens art. 6:230c BW is het verstrekken van een link of het plaatsen van een bakje op de toonbank<sup>47</sup> voldoende om aan die plicht te voldoen, ook al is er sprake van een consument. Deze ontwikkeling ten nadele van de consument wordt ruimschoots gecompenseerd door genoemde vergaande transparantieplichting op grond van de Richtlijn oneerlijke bedingen. Deze werkt als gezegd door in de onredelijk bezwarend-toets van art. 6:233 sub a BW (hierna paragraaf 2.3.2). De transparantie-eis uit art. 6:230e BW dient in dit licht te worden uitgelegd.

## 2. Doorwerking van Europees recht in het nationale privaatrecht

### 2.1. EVRM en rechtspraak EHRM

De toetsing door de Hoge Raad van nationale regelgeving aan het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en aan de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens leverde recent interessante uitspraken op. In 2016 achtte de Hoge Raad de invoering van de Wet verbod pelsdierhouderij niet in strijd met

41. HvJ EU 20 september 2017, C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703 (*Andriciu*), r.o. 41.

42. Op dit punt kan de transparantieplichting in verband worden gebracht met de zorgplicht.

43. HvJ EU 17 mei 2018, C-147/16, ECLI:EU:C:2018:320.

44. In r.o. 57 wordt terloops overwogen dat universiteit en student ‘in wezen een kredietovereenkomst’ sluiten. Een dergelijke kwalificatie heeft vergaande gevolgen.

45. HvJ EU 30 januari 2018, C-360/15, ECLI:EU:C:2018:44.

46. Vooraf Drion, ‘Detailhandel is een dienst; een beslissing met verrassende consequenties’, *NJB* 2018/300, afl. 6, p. 403. Drion wijst ook op het ontbreken van ‘overgangrecht’.

47. Hof Arnhem 11 december 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY5306.

art. 1 Eerste Protocol EVRM inhoudende de bescherming van eigendom onder meer omdat sprake zou zijn van een *'fair balance'*.<sup>48</sup> De Staat handelde niet onrechtmatig. Dit jaar beantwoordde de Hoge Raad de vraag of de Staat art. 1 Eerste Protocol EVRM schendt doordat verhuurders van (niet geliberaliseerde) woonruimte op grond van regelgeving geen *'decent profit'* dan wel *'minimal profit'* kunnen behalen eveneens ontkennend. Ook bij deze regelgeving is sprake van een *'fair balance'*, ditmaal tussen het nagestreefde doel en de belangen van de particuliere eigenaren/verhuurders. Volgens de Hoge Raad volgt niet uit de rechtspraak van het EHRM *'dat de verhuurder van woonruimte steeds aanspraak kan maken op een decent profit of zelfs een minimal profit'*.<sup>49</sup>

Een belangwekkend arrest waarin ook geen sprake was van strijd van nationale regels met het EVRM is de zaak Maersk – een zogenaamde mesothelioom-zaak.<sup>50</sup> Hierin oordeelde de Hoge Raad in lijn met het Hof dat – kort samengevat – een beroep op de absolute verjaringstermijn van art. 3:310 lid 2 BW niet in strijd komt met art. 6 EVRM gelet op de duur van de termijn (30 jaar) en de doorbrekingsmogelijkheid op grond van art. 6 lid 2 BW (r.o. 3.3.5). Volgens de Hoge Raad noopt de Howald Moor c.s./Zwitserland-uitspraak van het EHRM<sup>51</sup> niet tot een andere conclusie. Het EHRM oordeelde in deze Zwitserse zaak dat een benadeelde in geval van letsel- en overlijdensschade waarin de verjarings-termijn loopt vanaf de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt, toegang tot de rechter dient te hebben op het moment waarop hij daadwerkelijk in staat is te bepalen dat hij schade lijdt. Dat de rechtstoegang naar Nederlands recht afhankelijk is van de weging van de gezichtspunten uit het arrest Van Hese/De Schelde<sup>52</sup> en dus van de omstandigheden van het geval, maakt haar niet 'onvoldoende effectief' aldus de Hoge Raad.<sup>53</sup> Deze beperking dient een legitiem doel (de rechtszekerheid en bescherming van de aansprakelijke partij) en is proportioneel aan het nagestreefde doel.

In alle drie de zaken staat de cassatierechter uitgebreid stil bij de rechtspraak van het EHRM en ziet hij, naar ik meen terecht, geen reden om een verdergaande uitleg te geven aan EVRM-bepalingen dan op grond van die – casuïstische – rechtspraak wordt vereist. De discussie over de vraag of de hoogste Nederlandse rechter door zijn lezing van de Straatsburgse jurisprudentie de bescherming op grond van het mensenrechtenverdrag onnodig begrenst en zich aldus, gelet op art. 120 Gw en de mogelijkheden van art. 93 en 94 Gw, tekort doet,<sup>54</sup> is opnieuw gevoed.<sup>55</sup>

## 2.2. Primair EU-recht<sup>56</sup>

### 2.2.1. Mededingingsrecht

In maart 2017 werd uitspraak gedaan in de schadestaatprocedure tussen TenneT en ABB,<sup>57</sup> de aansprakelijkheid van ABB was eerder al komen vast te staan.<sup>58</sup> Op deze zaak, waarin het passing-on verweer wordt beoordeeld en de schade wordt begroot, is Richtlijn 2014/104/EU (hierna besproken in paragraaf 2.3) nog niet van toepassing. Het doorberekeningsverweer van ABB wordt op grond van het doeltreffendheidsbeginsel verworpen. De eindgebruikers zullen hun recht niet halen en worden via TenneT gecompenseerd omdat het bedrijf in handen is van de Staat. In een noot bij deze uitspraak is opgemerkt dat deze indruist tegen de richtlijn en het verbod tot overcompensatie.<sup>59</sup> Ook houdt de uitspraak te weinig rekening met het feit dat de richtlijn veel nadruk legt op clementie bij de boeteoplegging door juist een hoge schadevergoeding op te leggen aan ABB.

48. Hoge Raad 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888, NJ 2017/132.

49. Hoge Raad 26 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:109. De Hoge Raad overweegt voorgaande overigens ten overvloede omdat het middel zich niet richt tegen het oordeel van het Hof dat niet aannemelijk is gemaakt dat als gevolg van het systeem een *'decent profit of minimal profit'* ontbreekt.

50. Hoge Raad 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:494, NJ 2017/313.

51. EHRM 11 maart 2014, nrs. 52067/10 en 41072/11, NJ 2016/88 (Howald Moor c.s./Zwitserland).

52. Hoge Raad 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5635, NJ 2000/430 (Van Hese/De Schelde).

53. Over de doorwerking van het verdrag in de maatstaven van redelijkheid en billijkheid schreef De Graaff in 2016 een noemenswaardige bijdrage: 'De betekenis van de redelijkheid en billijkheid voor de bescherming van grondrechten', RMThemis 2016/4, in het bijzonder p. 209-210. Hij nuanceert eerdergenoemde conclusie dat de Hoge Raad zich terughoudend opstelt door te wijzen naar o.a. het arrest Van Hese/De Schelde. Hierin nam de HR het voortouw om de toegang tot de rechter te vergroten.

54. Zie Vooraf P. Wattel, 'Het EVRM is te belangrijk in Nederland', NJB 2016/945, afl. 19 waarover S. van Swaaij, 'Toetst de Hoge Raad niet (veel) te terughoudend aan het EVRM?', blogbericht 11 mei 2016.

55. Zie J.M. Emaus, 'Bescherming van goodwill op grond van het EVRM. In het spanningsveld van rechterlijke terughoudendheid en effectieve rechtsbescherming' NTBR 2018/8.

56. Op het terrein van het staatssteunrecht was het rustig het afgelopen jaar: er waren geen noemenswaardige uitspraken van HvJ EU of Hoge Raad.

57. Rb. Gelderland 29 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1724.

58. Hoge Raad 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, NJ 2017/262 m.nt. S.D. Lindenbergh en J.S. Kortmann.

59. Noot M.H.C. Sinninghe Damsté en T. Thuijs, JOR 2017/188 (r.o. 4.18-4.21).



Het aantal civielrechtelijke schadeclaims op grond van een inbreuk op het Europees kartelverbod (art. 101 VWEU) neemt de laatste jaren gestaag toe.<sup>60</sup> Op 16 maart jl.<sup>61</sup> ging de Hoge Raad niet in op de hem gestelde prejudiciële vragen in de Air Cargo-zaak (een vermeende deelnemer van de luchtvrachtvervoerkartel) onder meer omdat op Europees niveau nog niet onherroepelijk is komen vast te staan dat sprake is van een kartel. Daarom is een prejudicieel antwoord nog niet nodig en ook niet mogelijk.<sup>62</sup> Uit deze zaak blijkt de gretigheid waarmee schadeclaims worden ingediend. Claimclubs staan te trappelen om in actie te komen, zo ook naar aanleiding van het vrachtwagenkartel. De Nederlandse rechter lijkt overigens bereid om kartelclaims te behandelen die (mede) jegens buitenlandse karteldeelnemers zijn ingesteld.<sup>63</sup>

### 2.2.2. Staatsaansprakelijkheid<sup>64</sup>

Binnenkort zal de Hoge Raad arrest wijzen in de zaak betreffende de vertraagde/onjuiste implementatie van Europese richtlijn inzake energieprestaties van gebouwen.<sup>65</sup> Het niet handhaven van de energielabelplicht zou bedrijven in de energiebesparingsbranche schade berokkenen. Het relativiteitsvereiste stond in de feitelijke instanties een geslaagd beroep op art. 6:162 BW in de weg.

Ook verwacht wordt het bijzondere arrest waarin de Hoge Raad zich zal buigen over het bestaan van Staatsaansprakelijkheid voor het feit dat het hoogste rechtscollège geen prejudiciële vragen stelde aan het HvJ EU in een zaak tussen enkele vervroegd gepensioneerde KLM-piloten en de KLM.<sup>66</sup> De piloten vochten in deze zaak de beëindiging van hun arbeidsovereenkomst wegens het bereiken pensioenleeftijd aan als zijnde in strijd met het Unierechtelijke gelijkheidsbeginsel. In januari verscheen de conclusie van A-G Wissink.<sup>67</sup> Aangaande de vraag of het niet stellen van een prejudiciële vraag volgens het Köbler-arrest tot aansprakelijkheid kan leiden, zonder dat vaststaat dat de uitleg van Unierecht ook verkeerd is, merkt hij het volgende op (nr. 6.6.2):

‘In de literatuur wordt bestreden dat art. 267, derde alinea, VWEU aan particulieren rechten beoogt toe te kennen en wordt breed aangenomen dat het niet stellen van prejudiciële vragen – los van het geschonden materiële Unierecht – niet een zelfstandige grondslag zou kunnen opleveren voor aansprakelijkheid.’

Het hof Den Haag gaat hier echter wel van uit en dit oordeel blijft onbestreden.<sup>68</sup> Het hof legt aldus de maatstaf uit het Köbler-arrest aan. Hierop volgt het (volgens de A-G terecht) oordeel

dat ‘de Hoge Raad zijn arrest van 2012 (...), kenbaar, heeft gemotiveerd aan de hand van de gevallen waarin op grond van de jurisprudentie van het HvJ EU geen prejudiciële vragen hoeven te worden gesteld’ (aangehaald in nr. 6.30). Gelet op de uitgebreide rechtspraak van het HvJ EU over leeftijdsdiscriminatie is sprake van een *acte éclairé* in zin van het Cilfit-arrest.

Dat niet zonder een omstandighedentoets (waarin de beoordelingsruimte een belangrijke rol speelt) tot een voldoende gekwalificeerde schending van EU-recht kan worden geconcludeerd volgt ook uit het Staelen/Ombudsman-arrest van het HvJ EU.<sup>69</sup> In deze zaak bleek de enkele schending van een zorgvuldigheidsbeginsel en de enkele overschrijding van een termijn niet toereikend.

60. Een uitgebreid overzicht van deze problematiek biedt R. Meijer, ‘Follow-on schadeclaims wegens schending van het mededingingsrecht: van law in the books naar law in action’, *Contacteren* 2018/1. De schending van het Unierecht vormt de directe grondslag van de vordering tot schadevergoeding via de band van art. 6:162 BW.

61. Hoge Raad 16 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:345, *NJ* 2018/156.

62. In een ander register wees de Rb. Amsterdam onlangs verzoeken tot preprocesuele comparities af in de vrachtwagen- en beeldbuiszaken omdat een schikking (nog lang) niet in zicht was: ECLI:NL:RBAMS:2018:1681 resp. 1682.

63. Eind 2017 heeft de Rechtbank Oost-Brabant een aantal tussenvonnissen gewezen in een kartelschadezaak met betrekking tot het beeldbuiszakenkartel. Wat uit de in de bevoegdheidsincidenten gedane uitspraken volgt is dat de Nederlandse rechter zich relatief snel bevoegd acht om kennis te nemen van de kartelschadevorderingen gelet op art. 8 sub 1 EEX-verordening (pluraliteit van verweerders): ECLI:NL:RBOBR:2017:6331, 6332 en 6333. Zie echter ECLI:NL:RBAMS:2018:3203.

64. Graag vermeld ik het buiten het door deze bijdrage bestreken tijdsbestek gewezen arrest HvJ EU 28 juli 2016, C-168/15, ECLI:EU:C:2016:602, waarin de lidstaataansprakelijkheid voor het niet ambtshalve toetsen aan de Richtlijn oneerlijke bedingen centraal staat.

65. Hof Den Haag 11 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1251 waarover R. Meijer, ‘De relativiteit van een energielabel: EnergyClaim/Staat’, *MvV* 2018, p. 123-128.

66. Hoge Raad 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3367, *NJ* 2012/547 m.nt. M.R. Mok.

67. Conclusie A-G Wissink 19 januari 2018, ECLI:NL:PHR:2018:54.

68. Hof Den Haag 25 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2984. Evenmin bestreden is het oordeel dat ‘aansprakelijkheid voor een eventuele schending van art. 47 Handvest wegens het onvoldoende motiveren van de beslissing van de hoogste nationale rechter om geen prejudiciële vragen te stellen, zo deze zou bestaan, zou moeten worden beoordeeld aan de hand van de Köbler-maatstaf’.

69. Vgl. HvJ EU 4 april 2017, C-337/15, ECLI:EU:C:2017:256 (Staelen/Ombudsman) waarover R. Meijer, ‘Niet-contractuele aansprakelijkheid Unie voor fouten Europese Ombudsman Schending zorgvuldigheidsbeginsel en redelijke termijn altijd een voldoende gekwalificeerde schending?’, *MvV* 2017-5.

### 2.3. Secundair EU-recht

#### 2.3.1. Verordeningen

De doorwerking van verordeningen in het nationale privaatrecht krijgt de laatste tijden meer aandacht in de literatuur<sup>70</sup> en dat is gelukkig. Er zijn veel verordeningen op het gebied van het burgerlijk (proces)recht en nog meer dan bij in de in het BW ingebede richtlijnen vergt de inpassing van verordeningen en bijbehorend sanctiearsenaal een zeker aanpassingsvermogen van het nationale privaatrecht. Zo rijst de vraag hoe het aansprakelijkheidsrecht de effectieve handhaving van de op 25 mei 2018 in werking tredende algemene verordening gegevensbescherming kan waarborgen.<sup>71</sup> De Graaff en Verheij wijzen op de grote behoefte aan 'inzichtelijkheid, kenbaarheid en coherentie' bij het 'opnemen' van verordeningen in het nationale privaatrecht.

#### 2.3.2. Omzetting van richtlijnen

Op 10 februari 2017 is Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie geïmplementeerd door middel van de Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht (34490). Deze wet zal de aanhoudende stroom follow-on claims (hiervoor paragraaf 2.2.1) mogelijk verder doen toenemen. Opmerkelijk zijn de in de nieuwe afdeling 6.3.3B BW (art. 6:193k BW e.v.) opgenomen uitzonderingen op de hoofdelijke aansprakelijkheid van karteldeelnemers: art. 6:193m lid 2 en lid 4 BW.<sup>72</sup> Noemenswaardig is ook art. 6:193l BW, dat een schadevermoeden bevat: een kartel in strijd met het mededingingsrecht wordt vermoed schade te hebben veroorzaakt.

Eind 2017 is voorts de Richtlijn pakketreizen en gekoppelde reisarrangementen omgezet in Boek 7 BW (34688). Er zijn voornamelijk nieuwe informatieplichten aan de huidige titel 7.7a BW toegevoegd. In grote lijnen geldt dat meer partijen in de reisbranche aansprakelijk kunnen worden gesteld en dat de mogelijkheden om zich te exonereren zijn afgenomen. De aansprakelijkheidsdrempel wordt echter niet verhoogd.<sup>73</sup> De implementatiewet treedt in werking per 1 juli 2018.

#### 2.3.3. Richtlijnconforme uitleg van de onredelijk bezwarend-norm

De Hoge Raad heeft in recente uitspraken laten zien de Europese rechtspraak inzake de Richtlijn oneerlijke bedingen nauwlettend te volgen. De richtlijn is intussen 25 jaar oud en haar impact is groter dan ooit.<sup>74</sup> In een prejudiciële beslissing in de Dexia-saga<sup>75</sup> werd als oneerlijk (lees als onredelijk bezwarend in de zin van art. 6:233 sub a

BW) beschouwd de aanspraak van Dexia op de nog verschuldigde rentetermijnen over het restant van de looptijd van de overeenkomst, inclusief de 5% 'korting' bij 'het contant maken van de leasesom'.<sup>76</sup> Vooropstaat dat het beding afwijkt van art. 6:277 lid 1 BW,<sup>77</sup> op basis waarvan het positief contractsbelang kan worden gevorderd in geval van ontbinding ex art. 6:265 BW.<sup>78</sup> In oktober 2017 liet de Hoge Raad een arrest<sup>79</sup> van het Hof Den Haag in stand waarin het korte metten maakte met een 'annuleringsbeding' in de algemene voorwaarden van Tio Teach.<sup>80</sup> Het beding is in strijd met de geest van art. 7:408 lid 1 BW, op grond waarvan een opdrachtgever een overeenkomst van opdracht te allen tijde kan opzeggen, en van art. 7:411 BW, op grond waarvan dan een redelijk loon verschuldigd is. Mede gelet op de opleidingsduur (12 maanden) en de hoogte van het cursusgeld (€ 12.600) achtte het hof het beding onredelijk bezwarend. In beide uitspraken wordt duidelijk aangehaakt bij Europese rechtspraak waarin 'de nationale regels die van toepassing zijn bij gebreke van afspraken tussen de partijen' als referentiekader gelden.<sup>81</sup>

70. Over doorwerking van verordeningen: R. de Graaff & D. Verheij, 'Europese verordeningen en Nederlands vermogensrecht', AA20170988.

71. T.F. Walree, 'De vergoedbare schade bij de onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens', WPNR 2017/7172.

72. Zie hierover W.H. van Boom, 'Kartelschade, hoofdelijke aansprakelijkheid en wetsvoorstel 34 490', WPNR 2016/7127.

73. Zo concludeert J. Kruijswijk Jansen, 'Nieuwe richtlijn pakketreizen en gekoppelde reisarrangementen: veranderingen in aansprakelijkheidsregime?', VR 2017/103.

74. Op 24 april vond in Leiden een goed bezocht symposium plaats over die richtlijn.

75. Hoge Raad 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773, NJ 2017/394, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Tijhuis/Dexia).

76. Uit deze bijzondere uitspraak volgt dat de prejudiciële procedure een plaats toekomt als abstracte toets van algemene voorwaarden, naast de collectieve en preventieve toets: C.M.D.S. Pavillon, 'De prejudiciële procedure als abstracte onredelijk bezwarend-toets', WPNR 2017/7163, p. 700-703.

77. De Raad sluit aan bij de ontbindingsregels uit Boek 6: r.o. 3.7.2.

78. Vgl. Hoge Raad 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1684 (G4 Beheer/Hanzevast), NJ 2012/684.

79. Een cursist wenst drie maanden na het begin hiervan een cursus op te zeggen. Restitutie blijkt echter onmogelijk en de student is het gehele cursusgeld verschuldigd. Hof Den Haag 8 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:486, NJF 2016/211, TvC 2016, afl. 5, p. 243, m.nt. M.B.M. Loos.

80. Hoge Raad 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2775, NJ 2017/421. Het hof mocht aansluiting zoeken bij art. 7:411 BW, hetgeen werd bestreden door Tio omdat volgens Tio de verschuldigdheid van loon niet afhankelijk is van de volbrenging van de opdracht.

81. HvJ EU 16 januari 2014, ECLI:EU:C:2014:10, NJ 2014/247 (Constructora Principado).

Verdedigbaar is dat dit abstracte referentiekader te zeer vooropstaat en dat de overige in Banco Primus (par. 1.2.3) genoemde gezichtspunten onvoldoende worden uitgewerkt, rekening houdend met de omstandigheden van het geval; meer in het bijzonder het bij de contractsluiting te verwachten ‘voordeel’ en de ‘economische realiteit’ van het specifieke type contract.<sup>82</sup>

Een derde uitspraak waaruit blijkt dat de Hoge Raad consciëntieus omgaat met de verplichting om het nationale recht richtlijnconform uit te leggen, is die inzake het gecombineerd boete- en winstafrachtbeding in een huurovereenkomst.<sup>83</sup> Het HvJ EU heeft in het Radlinger-arrest aangegeven dat dat *‘bij de beoordeling of de schadevergoeding die wordt opgelegd aan de consument die zijn verbintenissen niet nakomt, onevenredig hoog is in de zin van punt 1, onder e), van de bijlage bij die richtlijn, moet worden nagegaan wat de cumulatieve werking is van alle desbetreffende bedingen van de betrokken overeenkomst, ongeacht of de schuldeiser daadwerkelijk de volledige nakoming van al die bedingen nastreeft’*.<sup>84</sup> In lijn met dit arrest oordeelt de Hoge Raad dan dat nu aan de schending van een contractueel verbod op onderverhuur twee rechtsgevolgen zijn verbonden, te weten de verbeurte van een forfaitaire boete en de verplichting tot afdracht van onderhuurpenningen, de rechter moet onderzoeken of het cumulatieve effect van deze rechtsgevolgen ertoe leidt dat sprake is van een oneerlijk beding. Het ‘cumulatievevereiste’ geldt m.i. echter alleen voor zover de bedingen allemaal rechtsgevolgen van eenzelfde rechtsfeit betreffen<sup>85</sup> én op zichzelf niet al oneerlijk zijn. Deze afbakening volgt niet expliciet uit het arrest maar wordt volgens mij ingegeven door de hanteerbaarheid van de oneerlijkheidstoets. Het oprekken van dit cumulatievevereiste komt anders neer op een onmogelijke wegstreepexercitie, die in potentie ook nadelig is voor de consument.<sup>86</sup>

Ook lagere rechters weten hun weg naar de richtlijn en uitdijende Europese rechtspraak te vinden. Opmerkelijk is de toenemende invloed van de richtlijn en daarin neergelegde inhoudstoets en transparantievereiste op het terrein van het financiële recht (hiervoor de Dexia-uitspraak), het levensverzekeringsrecht en de erfpachtvoorwaarden, allemaal terreinen die men niet direct met consumentenrecht associeert.

Een bijzondere uitspraak in 2017 was die van het Hof Den Bosch inzake een zogeheten ‘woekerpolis’. In de meeste procedures inzake dit netelige dossier draait het om de vraag of er precontractuele informatieplichtingen zijn geschonden door de verzekeraar.<sup>87</sup> Het hof kiest evenwel voor

een ambtshalve toetsing van door ASR gehanteerde kostenbedingen aan de onredelijk bezwarend-norm uit art. 6:233 sub a BW. Daarbij wordt zeer expliciet op de transparantie-eis uit art. 6:238 lid 2 BW (art. 5 richtlijn) ingegaan, welke inhoudt dat de consument op grond van het beding en alle ten tijde van de contractsluiting verschaft informatie in staat moet zijn om de economische gevolgen die een specifiek beding voor hem heeft, te begrijpen.<sup>88</sup> De verhouding tussen de inhoudstoets en transparantietoets uit de richtlijn enerzijds en de sectorspecifieke informatieplichtingen (Riav 1994) anderzijds roept de nodige vragen op.<sup>89</sup> Het eventueel naleven van sectorspecifieke informatieplichten is m.i. echter bij geen van deze twee toetsen doorslaggevend.

Op 19 september jl. stonden de erfpachtvoorwaarden in het middelpunt van de belangstelling van de Nederlandse hoven. In Den Haag werd in door SEBA tegen de gemeente Amsterdam aangespannen zaak, na de terugverwijzing door de Hoge Raad,<sup>90</sup> niet geheel verrassend,<sup>91</sup> geoor-

82. Vgl. de kritiek van Van Wechem en Rinkes in hun Kroniek van het vermogensrecht, *NJB* 2018/739. Volgens hen wordt in de Tio Teach-zaak ten onrechte uitgegaan van een lineair vergoedings- en kostenpatroon.

83. Hoge Raad 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2275. Vgl. 11.1 van het ROZ-model woonruimte 2017.

84. HvJ EU 21 april 2016, C-377/14, ECLI:EU:C:2016:283 (Radlinger), r.o. 95 en 101 waarnaar de Hoge Raad uitgebreid verwijst in Hoge Raad 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2275, *NJ* 2017/347. Zie voorts de conclusie van A-G Valk onder dit laatste arrest: ECLI:NL:PHR:2017:483, sub. 2.15.

85. R. Steennot, ‘De bescherming van de consument door het Hof van Justitie: een brug te ver’, *TPR* 2017-1, nr. 54 heeft het over de gevolgen van ‘eenzelfde juridische vraag’ zoals de vraag ‘welke vergoeding een consument verschuldigd is bij een laattijdige betaling’.

86. Hoe moet anders het geheel aan op te tellen bedingen worden afgebakend? In gelijke zin A-G Valk, voetnoot 11 en 12 in zijn conclusie voor ECLI:NL:HR:2017:2275: ECLI:NL:PHR:2017:483.

87. Hierbij gaat het om de informatieplichten volgend uit de Derde Levensrichtlijn en daarop gestoelde nationale regelgeving (Riav) en eventuele aanvullende informatieplichten op grond van het nationale recht (art. 6:248 lid 1 BW).

88. Vgl. HvJ EU 23 april 2015, ECLI:EU:C:2015:262 (Van Hove).

89. C.M.D.S. Pavillon, ‘Woekeren met de Richtlijn oneerlijke bedingen. Beschouwingen naar aanleiding van Hof Den Bosch 2 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1875’, *TvC* 2018-3.

90. Hoge Raad 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, *NJ* 2018/41, m.nt. H.B. Krans; *TBR* 2016/193, m.nt. C.M.D.S. Pavillon en F.J. Vonck.

91. De Hoge Raad hintte in zijn uitspraak op een voor de gemeente gunstige toetsingsuitkomst.



deeld dat de door de gemeente Amsterdam gehanteerde systematiek, waarin de erfpachtcanon en de algemene bepalingen elke vijftig jaar worden herzien, geoorloofd is.<sup>92</sup> In Leeuwarden werd, in de tegen Staatsbosbeheer gestarte zaak, een aan de overdracht van de erfpacht gekoppelde canonherzieningsregeling wel als oneerlijk aangemerkt.<sup>93</sup> In deze zaak zoekt het hof aansluiting bij de door het HvJ voorgeschreven en door de Hoge Raad recent aangehaalde vergelijking met de fictieve situatie zonder beding. Uit het arrest blijkt dat deze toetsingswijze problematisch is wanneer er, zoals bij canonherzieningen, geen aanvullend recht voorhanden is.<sup>94</sup> De rechter moet zich dan wagen aan een ruimere afweging van omstandigheden. Ook de Amsterdamse rechtbank achtte vorig jaar tot tweemaal toe eenzijdige (canon)wijzigingsbedingen oneerlijk omdat deze afwijken van regelend recht (art. 6:258 BW) en de overdraagbaarheid van de erfpacht beletten. In beide zaken was doorslaggevend dat het beding de financierbaarheid van de erfpacht onmogelijk maakte (er was een zogenaamde 'rode' opinie afgegeven).<sup>95</sup>

De verplichte ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht<sup>96</sup> krijgt veel aandacht in rechtspraak en literatuur.<sup>97</sup> De Nederlandse rechter is zonder meer doordrongen van de verplichting om ambtshalve te toetsen aan nationaal recht ter omzetting van Europese consumentenrichtlijnen. In dit kader zal één dezer dagen het derde geactualiseerde LOVCK-rapport Ambtshalve toepassing verschijnen. Dat niet in alle lidstaten de verplichting om ambtshalve te toetsen tot het collectieve rechterlijke bewustzijn is doorgedrongen, blijkt uit het recent gepubliceerde rapport van het Max Planck-instituut.<sup>98</sup> Dit, op grond van landenrapporten en interviews opgestelde, rapport geeft een goed inzicht in de verschillen die er tussen lidstaten bestaan wat betreft de toegang van consumenten tot effectieve beschermingsprocedures. Ten slotte wijs ik op een tweetal uitspraken waarin het bereik van de toetsingsverplichting wordt uitgerekt. In het eerste geval wordt een kleine ondernemer (ten onrechte) beschermd<sup>99</sup> en in het tweede geval wordt, in lijn met de ruime uitleg van de consument door het HvJ EU,<sup>100</sup> een particuliere geldschieter in een commanditaire vennootschap als consument aangemerkt.<sup>101</sup>

#### 2.3.4. Sanctionering van inbreuken op richtlijnen

Sancties op schendingen van consumentenrecht moeten behalve doeltreffend en evenredig, ook afschrikwekkend zijn. Deze drievoudige eis stamt uit de rechtspraak van het HvJ EU en is thans neergelegd in tal van consumentenrichtlijnen. Bij afschrikwekkende – lees preventieve – sancties wordt in eerste instantie aan straf- en

bestuursrechtelijke sancties gedacht zoals hoge geldboetes. In recente rechtspraak van het HvJ wordt duidelijk benadrukt dat ook civielrechtelijke sancties op consumentenrichtlijnen een preventieve rol spelen.<sup>102</sup> Hoe die rol vorm moet krijgen, is onderwerp van discussie. Zo rijst de vraag onder welke omstandigheden de regeling van de oneerlijke handelspraktijken en hieraan door de nationale wetgever in 2014 gekoppelde vernietigingssanctie (art. 6:193j lid 3 BW) ambtshalve moeten worden toegepast.<sup>103</sup> A-G Wahl

92. Hof Den Haag 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2894.

93. Hof Arnhem-Leeuwarden 19 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8437.

94. Zie hierover C.M.D.S. Pavillon en F.J. Vonck, 'Consumentengoederenrecht: over oneerlijke erfpachtvoorwaarden en de richtlijnconforme uitleg van art. 5:91 lid 4 BW', NTBR 2018/12.

95. Rb. Amsterdam 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7364 en 20 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9691. In geval van 'particuliere erfpacht' (gekenmerkt door het feit dat de grondeigenaar geen overheidslichaam is) geldt de bancaire richtlijn financierbaarheid erfpachtrechten. Deze laat eenzijdige canonwijzigingen niet toe.

96. Hoge Raad 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, NJ 2014/274, m.nt. H.B. Krans (Heesakkers/Voets).

97. F.E. Vermeulen & T.L. Schasfoort, 'Ambtshalve toetsing aan Unierecht ten gunste van belangenorganisaties', TCR 2017-3.

98. An evaluation study of national procedural laws and practices in terms of their impact on the free circulation of judgments and on the equivalence and effectiveness of the procedural protection of consumers under EU consumer law Report prepared by a Consortium of European universities led by the MPI Luxembourg for Procedural Law as commissioned by the European Commission JUST/2014/RCON/PR/CIVI/0082 - Strand 2 Procedural Protection of Consumers European Union. In eerdergenoemd arrest Karel de Grote Hogeschool/Kuijpers (para. 1.2.3) benadrukt het HvJ de rechterlijke verplichting om ambtshalve aan de richtlijn te toetsen als de consument de bescherming hiervan niet inroept.

99. Rb. Limburg 13 december 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:12116, r.o. 2.9.

100. HvJ EU 3 september 2015, C-110/14 (Costea).

101. Hof Arnhem-Leeuwarden 11 juli 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:5961, r.o. 6.16.

102. Zie wat betreft de Richtlijn oneerlijke bedingen: HvJ EU 14 juni 2012, C-618/10, NJ 2012/512 m.nt. M.R. Mok, TvC 2012, afl. 6, m.nt. M.B.M. Loos (Banesto), r.o. 65-69; HvJ EU 30 april 2014, ECLI:EU:C:2014:282, NJ 2014/355 m.nt. MRM (Kásler), r.o. 79; HvJ EU 21 december 2016, ECLI:EU:C:2016:980, C-154/15, C-307/15 en C-308/15 (Gutierrez Naranjo), r.o. 60 en HvJ EU 21 januari 2015, C-482/13, C-484/13, C-485/13 en C-487/13, ECLI:EU:C:2015:21 (Unicaja Banco en Caixabank), r.o. 31.

103. Rb. Amsterdam 5 september 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:6552, m.nt. C.M.D.S. Pavillon, TvC 2018-1.



benadrukte in een recente conclusie in de Bankia-zaak dat een dergelijke verplichting niet voortvloeit uit de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.<sup>104</sup>

Een prangende vraag is of het verbod op herziening van een oneerlijk beding ook inhoudt dat een subsidiair beroep op het aanvullend of semi-dwingend recht waarvan het beding afwijkt wel is toegestaan.<sup>105</sup> De Hoge Raad lijkt die vraag vooralsnog bevestigend te beantwoorden. Dit volgt uit de gevolgtrekking in eerdergenoemde Tjhuis/Dexia-uitspraak dat na de (partiële) vernietiging van het boetebeding kan worden teruggevallen op art. 6:277 BW met inachtneming van de in de jurisprudentie ontwikkelde regels inzake eigen schuld van de lessee (r.o. 3.10.1-3.10.2). A-G Wahl concludeerde recent in een tweetal Spaanse zaken dat een oneerlijk verdragingsrentebeding niet mag worden vervangen door de wettelijke rente.<sup>106</sup> Indien het Hof deze conclusie volgt, rijst de vraag of terugvallen op de wettelijke regeling zomaar kan. Het boetebeding van Dexia wijkt immers af van art. 6:277 BW waaraan na de vernietiging van het beding toepassing wordt verleend.

Een interessante uitspraak wat betreft de sanctionering van oneerlijke bedingen is eerdergenoemde uitspraak van de rechtbank Amsterdam inzake de ‘particuliere erfpacht’. Zij toont aan de richtlijnsancties niet zonder meer hanteerbaar zijn in een goederenrechtelijke context. Omdat de vernietiging van de bedingen (uit de erfpachtvoorwaarden van het in appartementsrechten gesplitste recht van erfpacht) goederenrechtelijke werking heeft tussen de erfverpachter en appartementsgerechtigden die geen partij zijn in dit geding (en waarvan niet bekend is of zij consumenten zijn in de zin van de richtlijn), besluit de rechter omwille van de effectiviteit van de richtlijn voor recht te verklaren dat de bedingen *geen werking hebben* tussen erfverpachter en eisers of hun rechtsopvolgers.<sup>107</sup> Het HvJ EU heeft in het verleden de *erga omnes*-werking van collectieve vernietigingen uitgesproken<sup>108</sup> maar ook steeds benadrukt dat de consument altijd de keuze moet hebben om zich te distantiëren van de vernietiging.<sup>109</sup>

### 3. Ontwikkelingen in het privaatrecht van onze zuiderburen

In twee Europese landen wordt het uit 1804 stammende Burgerlijk Wetboek momenteel flink aangepakt. Voor beide landen geldt dat dit wetboek (anders dan de rechtspraak) niet met de tijd is meegegaan en dat een moderniseringsslag nodig wordt geacht. In Frankrijk zijn de nieuwe regels inzake het algemeen verbintenissenrecht, het contractenrecht en het bewijsrecht op 1 ok-

tober 2016 in werking getreden. Deze inwerking-treding werd mogelijk gemaakt door een zogenaamde ordonnantie, een regeringsdecreet dat een voortvarende uitvoering van het regeringsbeleid mogelijk maakt. Een reeds in werking getreden ordonnantie dient echter nog wel door het Parlement te worden geratificeerd. En zoals verwacht werden tijdens haar behandeling in de Senaat enkele amendementen voorgesteld. Zo zaagde de Franse Senaat aan de poten van de nieuw ingevoerde *imprévision* (art. 1195). De Commission mixte paritaire (waarin leden van beide kamers zitting hebben) heeft de oorspronkelijke bepaling echter gehandhaafd<sup>110</sup> en op 20 april jl. kreeg de ordonnantie kracht van wet.<sup>111</sup> Enkele wijzigingen – zij bleven beperkt gelet op het feit dat de desbetreffende regels al enige tijd worden toegepast – betreffen de mogelijkheid om direct via de rechter een prijsvermindering af te dwingen als de prijs al is betaald (art. 1223)<sup>112</sup> en het beperken van het toepassingsbereik van de oneerlijkheidstoets tot bedingen waarover niet is onderhandeld (art. 1171). De hervorming van het Franse aansprakelijkheidsrecht laat nog even op zich wachten en wordt op zijn vroegst in 2019 voortgezet.

104. Conclusie A-G Wahl van 21 maart 2018 in zaak C-109/17 (Bankia), ECLI:EU:C:2018:201, r.o. 56-59.

105. C.M.D.S. Pavillon, ‘Op de blaren zitten?’ Over afwijkingen van dwingend en aanvullend recht, oneerlijke bedingen en daarbij passende sancties, TvC 2018-1, p. 2-5.

106. Conclusie A-G Wahl van 22 maart 2018 in de gevoegde zaken C-96/16 (Banco Santander) en C-94/17 (Banco Sabadell).

107. Rb. Amsterdam 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7364, r.o. 4.18-4.19.

108. HvJ EU 26 april 2012, C-472/10 (Invitel).

109. HvJ EG 4 juni 2009, C-243/08, NJ 2009/395 m.nt.

M. R. Mok (Pannon).

110. Wel zijn overeenkomsten inzake bepaalde financiële producten, zoals aandelen van haar toepassingsbereik uitgesloten.

111. Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (deze wet treedt in werking op 1 oktober 2018). Het beroep op de nieuwe bepaling, die van aanvullende aard wordt geacht, wordt intussen veelal contractueel uitgesloten.

112. Bij deze remedie werd de rechter eerst zoveel mogelijk buitenspel gezet: C.M.D.S. Pavillon, ‘Oude wijn in nieuwe zakken? Over de gevolgen van niet-nakoming in de hervormde Code civil’, WPNR 2017/7151.

In België zit het tempo er goed in. Ewoud Hondius stond in WPNR 2018/7189 al stil bij de hervorming van het Belgisch BW. Eind 2017 verschenen voorontwerpen inzake het goederenrecht, bewijsrecht en verbintenissenrecht (exclusief het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht).<sup>113</sup> Op 30 maart 2018 is het Voorontwerp van wet van het verbintenissenrecht goedgekeurd door de ministerraad.<sup>114</sup> Net als in Frankrijk schippert het voorstel tussen het versterken van de partijautonomie (net als in Frankrijk wordt de buitengerechterlijke ontbinding mogelijk: art. 5.93 en 5.96) en het ingrijpen in die autonomie omwille van het contractuele evenwicht (net als in het Franse voorstel wordt ruimte gemaakt voor het leerstuk van onvoorziene omstandigheden: art. 5.77). In dit laatste opzicht valt op de invoering van het wilsgebrek 'misbruik van omstandigheden'. Art. 5.41 heeft evenwel weinig gemeen met 'ons' art. 3:44 lid 4 BW:

'er is misbruik van omstandigheden wanneer bij de contractsluiting een manifeste wanverhouding bestaat tussen de prestaties als gevolg van het misbruik door de ene partij van omstandigheden die verbonden zijn aan de zwakke positie van de andere partij'.

Het artikel is nauw verwant aan de *laesio enormis* en codificeert de vaste rechtspraak met betrekking tot de 'gekwalificeerde benadeling'. De hervorming betreft veelal een codificatie van bestaande rechtspraak omwille van de rechtszekerheid. Ook opvallend zijn de (blijvende) verschillen tussen het Nederlands en Belgisch verbintenissenrecht: veel van bovenstaande is in ons recht niet gecodificeerd (zoals de precontractuele aansprakelijkheid art. 5.21 en postcontractuele verbintenissen art. 5.117), misbruik van omstandigheden is bij ons niet toegespitst op de wanverhouding tussen de prestaties en de beoogde directe actie van algemene strekking (art. 5.113) is beperkt tot art. 7:954 BW.

Eind maart verscheen ook het Voorontwerp inzake het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.<sup>115</sup> De consultatie stond open tot 1 mei 2018. Interessante wijzigingen betreffen de mogelijkheid van samenloop van de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid, de uitwerking van open normen als de fout en het causaal verband (met de wettelijke regeling van de proportionele aansprakelijkheid waaronder onder meer kansschade wordt gebracht) en aanpassingen in de kwalitatieve aansprakelijkheden zoals de invoering van een risicoaansprakelijkheid van de 'titularis van het gezag over de minderjarige' (met hieraan gekoppeld een verzekeringsplicht) en een risicoaansprakelijkheid voor bijzonder gevaarlijke activiteiten.

Het fraaie aan de Franse en Belgische hervormingsprojecten is – los van de grondige privaatrechtelijke exercitie op zich – dat zij ons ruim 25 jaar na dato laten reflecteren over de keuzes die in de aanloop naar ons 'Nieuw BW' zijn gemaakt. Het Europees verbintenissenrecht blijft in al zijn facetten een boeiend aandachtsgebied.

113. Voor de voorstellen verwijs ik graag naar: [justice.belgium.be/sites/default/files/expose\\_des\\_motifs\\_le\\_droit\\_des\\_biens.pdf](https://justice.belgium.be/sites/default/files/expose_des_motifs_le_droit_des_biens.pdf) (goederenrecht); [justice.belgium.be/sites/default/files/avant-projet\\_loi\\_avec\\_page\\_de\\_garde\\_le\\_droit\\_de\\_la\\_preuve.pdf](https://justice.belgium.be/sites/default/files/avant-projet_loi_avec_page_de_garde_le_droit_de_la_preuve.pdf) (bewijsrecht); [legalnews.be/wp-content/uploads/2017/12/avant-projet\\_loi\\_-\\_les\\_obligations.pdf](https://legalnews.be/wp-content/uploads/2017/12/avant-projet_loi_-_les_obligations.pdf).

114. [justitie.belgium.be/nl/bwcc](https://justitie.belgium.be/nl/bwcc) (verbintenissenrecht) De ministerraad heeft voorts het voorontwerp van wet over het bewijs goedgekeurd op 27 april 2018 en het voorontwerp van wet over de goederen goedgekeurd op 4 mei 2018.

115. [justitie.belgium.be/sites/default/files/aansprakelijkheidsrecht\\_voorontwerp\\_van\\_wet.pdf](https://justitie.belgium.be/sites/default/files/aansprakelijkheidsrecht_voorontwerp_van_wet.pdf).